



Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE

A/HRC/7/12
25 février 2008

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME
Septième session
Point 3 de l'ordre du jour

**PROMOTION ET PROTECTION DE TOUS LES DROITS DE L'HOMME,
CIVILS, POLITIQUES, ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS,
Y COMPRIS LE DROIT AU DÉVELOPPEMENT**

**Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme
des travailleurs migrants, Jorge Bustamante***

Résumé

Le présent rapport est le troisième que le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, M. Jorge Bustamante, présente au Conseil des droits de l'homme depuis sa nomination en juillet 2005. Le rapport donne un aperçu des activités du Rapporteur spécial, notamment des visites demandées et effectuées et des communications et réponses reçues. La partie thématique du rapport insiste sur certains des problèmes essentiels relatifs à la criminalisation des migrations irrégulières, et souligne certains éléments concernant la responsabilité des États en matière de protection des migrants en situation irrégulière. Les conclusions et recommandations sont formulées à l'intention des États du point de vue du cadre juridique applicable pour la protection et des tendances générales observées.

* La soumission tardive de ce document s'explique par le souci d'y faire figurer des renseignements aussi à jour que possible.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction.....	1	3
I. ACTIVITÉS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL	2 – 12	3
A. Missions dans les pays.....	2 – 4	3
B. Communications avec des États membres.....	5 – 8	3
C. Autres activités	9 – 12	4
II. QUESTIONS THÉMATIQUES: CRIMINALISATION DES MIGRATIONS IRRÉGULIÈRES.....	13 – 59	5
A. Protection offerte aux migrants en situation irrégulière	13 – 33	5
B. Questions relatives à la criminalisation	34 – 59	13
III. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA PROTECTION DES MIGRANTS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE.....	60 – 75	22

Introduction

1. Le présent rapport est le troisième que le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants présente au Conseil. Il porte sur les activités menées en 2007. Le Rapporteur spécial agit conformément aux dispositions de la résolution 1999/44 de la Commission des droits de l'homme, par laquelle la Commission a créé la charge de Rapporteur spécial en la matière et en a défini les fonctions. À sa soixante et unième session, la Commission a décidé, dans la résolution 2005/47, de proroger de trois ans le mandat du Rapporteur spécial, et le Conseil des droits de l'homme a reconduit ce mandat conformément à sa résolution 5/1.

I. ACTIVITÉS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

A. Missions dans les pays

2. Depuis qu'il a été nommé en juillet 2005, le Rapporteur spécial a prié les Gouvernements des pays suivants de l'inviter à se rendre sur place: Afrique du Sud, Australie, Bahreïn, Canada, Espagne, États-Unis d'Amérique, Guatemala, Indonésie, Japon, Malaisie, Mauritanie, Mexique, Philippines, Qatar, République de Corée et Sénégal.

3. L'Afrique du Sud, l'Australie, les États-Unis d'Amérique, le Guatemala, l'Indonésie, le Mexique et la République de Corée ont répondu favorablement à la demande du Rapporteur spécial. Le Rapporteur spécial s'est rendu en République de Corée et en Indonésie en décembre 2006¹. Il a effectué, du 30 avril au 18 mai 2007, une visite officielle aux États-Unis d'Amérique².

4. Il est prévu que les missions au Mexique et au Guatemala aient lieu respectivement du 9 au 15 mars et du 24 au 28 mars 2008. D'autres missions sont à l'étude pour 2008. Le Rapporteur spécial tient à remercier les gouvernements des pays qui ont donné une suite favorable à ses demandes de visite et prie instamment les gouvernements qui ne l'ont pas encore fait de lui répondre.

B. Communications avec des États membres

5. Entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2007, le Rapporteur spécial a envoyé un total de 25 communications signalant des violations des droits des migrants à 22 États membres. Quatorze de ces communications étaient des appels urgents, et les autres des lettres contenant des allégations. Les communications ont été envoyées aux pays ci-après: Afrique du Sud, Angola, Arabie saoudite (2), Bulgarie, Chine, Congo, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, Guatemala, Guinée, Italie, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Mexique, Mozambique, Nouvelle-Zélande, République islamique d'Iran, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2), Suède, Suisse, Thaïlande et Yémen.

¹ A/HRC/4/24/Add.2 et A/HRC/4/24/Add.3.

² A/HRC/7/12/Add.2.

6. Sur les 25 communications envoyées, le Rapporteur spécial n'a reçu que 12 réponses des gouvernements concernés. Le Rapporteur spécial tient à remercier tous les gouvernements qui ont répondu à ses communications pour leur collaboration et souhaiterait aussi rappeler aux gouvernements qui n'ont pas répondu de le faire et de se pencher sur les problèmes soulevés dans chaque communication.

7. Sur les 25 communications qui ont été envoyées, 22 l'ont été conjointement par le Rapporteur spécial et les titulaires de mandat au titre des procédures spéciales ci-après: le Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires; le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; le Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée; le Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction; le Rapporteur spécial sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences; le Rapporteur spécial sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants; le Rapporteur spécial sur la traite des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants; le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression; le Rapporteur spécial sur l'indépendance des juges et des avocats; le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de rendre compte de la situation des défenseurs des droits de l'homme; l'expert indépendant sur les questions relatives aux minorités; et le Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard.

8. Un résumé de toutes les communications envoyées pendant la période à l'examen, notamment les appels urgents et les lettres contenant des allégations, ainsi que les réponses des gouvernements, figure dans un additif au présent rapport³.

C. Autres activités

9. En juin 2007, le Rapporteur spécial a assisté à la session du Conseil des droits de l'homme et a profité de sa présence à Genève pour avoir des entretiens et des consultations avec des membres du personnel du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH), notamment avec des fonctionnaires fournissant des services à d'autres titulaires de mandat, des membres de l'Équipe spéciale du HCDH sur les migrations, et du secrétariat du Comité pour la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (Comité sur les travailleurs migrants). Il s'est aussi entretenu avec des représentants de la communauté diplomatique et d'organisations non gouvernementales et internationales.

10. Le 26 octobre 2007, le Rapporteur spécial s'est rendu à New York, où il a présenté son rapport à la Troisième Commission de l'Assemblée générale. Le Rapporteur spécial a fait observer que, bien qu'il relève du droit souverain de chaque État de protéger ses frontières et de déterminer sa politique en matière de migration, les États devraient garantir le respect des droits de l'homme des migrants dans le cadre des lois sur l'immigration qu'ils adoptent et mettent en application. Il a aussi indiqué que les États devraient s'employer à favoriser les migrations régulières et à investir pour que les travailleurs migrants aient de meilleures perspectives dans

³ A/HRC/7/12/Add.1.

leurs pays d'origine, au lieu de se préoccuper uniquement des questions de sécurité, qui à l'évidence n'empêchent pas les migrants d'atteindre leur pays de destination.

11. Enfin, le Rapporteur spécial a fait valoir que malgré le fait que la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée générale en 1990, soit l'un des sept instruments de base constituant le régime mondial de protection des droits de l'homme des travailleurs migrants, il fallait encore convaincre un certain nombre de gouvernements de la nécessité de la ratifier. Il a réitéré qu'il fallait avoir une conception globale des droits de l'homme des migrants pour faire en sorte que ceux-ci bénéficient d'un cadre qui les protège et jouissent des droits qui leur sont dus au regard de leur vulnérabilité particulière.

12. Le 18 décembre, lors de la Journée internationale des migrants, le Rapporteur spécial a fait conjointement avec le Président du Comité sur les travailleurs migrants une déclaration appelant à une ratification plus large de la Convention sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

II. QUESTIONS THÉMATIQUES: CRIMINALISATION DES MIGRATIONS IRRÉGULIÈRES

A. Protection offerte aux migrants en situation irrégulière

1. Tendances générales et responsabilité des États

13. Le Rapporteur spécial constate les violations persistantes dont sont victimes les migrants en situation irrégulière tout au long du processus migratoire (dans le pays ou le territoire d'origine, de transit et de destination) et estime important d'engager des discussions pour appeler l'attention sur certaines des violations commises à l'encontre des migrants en situation irrégulière et sur la responsabilité qu'ont les États de prendre des mesures visant à prévenir ces violations. Les États disposent d'un large pouvoir pour décider de l'admission, des conditions de séjour et du renvoi des non-ressortissants. De plus, les États ont le pouvoir souverain de prendre des mesures visant à protéger leur sécurité nationale et de fixer les conditions relatives à l'octroi de leur nationalité. Ce pouvoir de décider des admissions et des expulsions doit toutefois être exercé dans le plein respect des libertés et des droits fondamentaux des non-ressortissants garantis par un grand nombre d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et par le droit international coutumier⁴.

14. Bien que les États disposent du droit souverain de protéger leurs frontières et de décider de leur politique en matière de migrations, ils devraient garantir le respect des droits de l'homme des migrants dans le cadre des lois sur l'immigration qu'ils adoptent et mettent en application. Il incombe à l'État, quel que soit le statut juridique du migrant, de garantir que les normes

⁴ Voir Organisation internationale pour les migrations, *International Migration Law, Developing Paradigms and Key Challenges*, Ryszard Cholewinski, Richard Perruchoud, Euan MacDonald, eds. (Asser Press, La Haye, 2007); et OIM, *Compendium of International Migration Law Instruments*, établi et publié par Richard Perruchoud et Katarina Tomolova (Asser Press, La Haye, 2007).

relatives aux droits de l'homme fondamentaux soient respectées et que tous les migrants soient traités avec dignité. Le Comité des droits de l'homme, qui surveille l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait observer depuis longtemps que les rapports des États parties ne tiennent souvent pas compte du fait que chaque État partie doit garantir les droits visés par le Pacte à «tous les individus se trouvant dans leur territoire et relevant de leur compétence»⁵. Les États ont la responsabilité et, en fait, l'obligation de respecter et de protéger les droits de l'homme de toutes les personnes se trouvant sur leur territoire, des nationaux comme des non-ressortissants, quelle que soit la manière dont ces personnes sont entrées sur leur territoire et indépendamment de leur statut au regard de la migration⁶. En général, les droits énoncés dans le Pacte s'appliquent à toute personne, sans considération de réciprocité, quelle que soit sa nationalité ou même si elle est apatride.

15. Le Rapporteur spécial voudrait attirer l'attention sur la criminalisation grandissante de la migration irrégulière et sur les violations dont sont victimes les migrants tout au long du processus migratoire, ce malgré les normes internationales prévues pour offrir une protection à tous les individus. Cette criminalisation est liée dans de nombreux pays à des sentiments persistants d'hostilité à l'égard des migrants, qui se traduisent fréquemment par des politiques et des cadres institutionnels visant à réglementer les flux migratoires, souvent de manière uniquement restrictive. Le Rapporteur spécial a reçu des rapports mentionnant le recours par les États à des pratiques de justice pénale pour lutter contre les migrations irrégulières, notamment la criminalisation croissante des infractions en matière de migration (au lieu de les traiter comme des infractions administratives) et la coopération transnationale des autorités de police et d'autres autorités, qui dans certains cas ont entraîné une augmentation des violations à l'encontre des migrants.

16. Ces tendances générales peuvent être divisées en deux grandes catégories: l'externalisation des politiques de contrôle des migrations et la criminalisation des migrations de main-d'œuvre. À l'intérieur de ces catégories, il convient d'examiner plus attentivement trois questions spécifiques – les violations commises à l'encontre des migrants en situation irrégulière lors de leur interception et leur sauvetage en mer, la détention et l'expulsion, et le trafic illicite et la traite de migrants – qui seront considérés compte tenu du cadre juridique applicable pour la protection et des tendances générales observées. Le Rapporteur spécial tient à souligner que le présent rapport n'a pas pour objet d'excuser ni d'encourager les migrations irrégulières, mais se propose plutôt de montrer qu'il importe que les États respectent les normes internationales relatives aux droits de l'homme dans leurs relations avec tous les migrants, qu'ils soient ou non en situation régulière. Par conséquent, les États devraient prendre des mesures pour favoriser les voies de migration légales et fournir une assistance pendant le processus migratoire.

⁵ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 15, Situation des étrangers au regard du Pacte, par. 1, en référence au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte.

⁶ Il convient de noter aussi que l'article 16 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que l'article 24 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille garantissent en termes très généraux à toute personne, dans tous territoires et indépendamment de son statut, le droit à la reconnaissance en tous lieux de la personnalité juridique.

2. Externalisation des politiques de contrôle des migrations

17. Depuis des décennies, de nombreux pays ont réagi à la persistance des migrations irrégulières en renforçant les contrôles aux frontières. Parmi les mesures prises par les États pour protéger leurs frontières, lutter contre la traite et limiter l'immigration, on peut citer le recours croissant aux forces armées ou à des méthodes militaires pour surveiller les frontières, la confiscation des recettes tirées du trafic, le durcissement des sanctions infligées aux employeurs de migrants sans papiers et aux transporteurs commerciaux qui acheminent jusqu'aux frontières des étrangers non munis des documents requis, la surveillance radar et la détention et l'expulsion des étrangers indésirables⁷. Ont aussi été utilisés: le relevé d'empreintes digitales, l'érection de murs et le déploiement de forces et de matériel semi-militaires et militaires en vue de prévenir les migrations par terre et par mer. Ces mesures ont souvent porté sur de vastes zones géographiques aux frontières ou sur les côtes des principaux pays ou régions de destination, par exemple la zone Australasie/Asie du Sud-Est, la frontière entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique, et la côte méridionale de l'Europe, qui représentent de vastes zones d'exclusion⁸.

18. Ces dernières années, pour tenter de mieux lutter contre l'immigration clandestine et s'attaquer aux questions de sécurité nationale, certains États semblent employer des méthodes visant à «externaliser» le contrôle des frontières vers les pays d'origine et de transit, utilisant des accords bilatéraux ou des promesses d'aide pour essayer de transformer les pays ciblés en zones tampons afin de réduire les pressions migratoires qui s'exercent sur les pays de destination⁹. Ils fournissent parfois à cet effet aux pays d'origine ou de transit des infrastructures et des formations en matière de prévention des migrations clandestines, comprenant éventuellement des opérations de patrouilles navales et aériennes, des systèmes de surveillance radar et d'autres technologies visant à renforcer les frontières et à intercepter les migrants, qui seront ensuite placés en détention puis expulsés. Selon certaines informations, des pays de destination financeraient notamment, dans le cadre de ces accords, des centres de détention, des programmes de formation pour les fonctionnaires de police et des opérations d'expulsion concertées par vols charter. Le Rapporteur spécial reçoit des rapports selon lesquels des pays d'origine et de transit utilisent, pour limiter les flux migratoires, des réglementations nouvelles plus dures en matière de visas et d'immigration qui entravent la circulation des personnes et sont à l'origine de harcèlement dans les aéroports et au passage des frontières¹⁰.

⁷ Maggy Lee, «Human trade and the criminalisation of irregular migration», *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 33: 1 (mars 2005).

⁸ P. Green et M. Crewcock, «The war against illegal immigration: State crime and the construction of a European identity», *Current Issues in Criminal Justice* 14 (2002), 87-101, in Lee, 3.

⁹ Hein de Haas, «The myth of invasion: irregular migration from West Africa to the Maghreb and the European Union», octobre 2007, Institut des migrations internationales, Université d'Oxford, <http://www.imi.ox.ac.uk/pdfs/Irregular%20migration%20from%20West%20Africa%20-%20Hein%20de%20Haas.pdf>, p. 52.

¹⁰ Haas, p. 53.

19. Le problème est que ces politiques, tout en visant légitimement à réduire les migrations irrégulières et en étant souvent intégrées à des accords bilatéraux qui peuvent comporter des aspects positifs non négligeables pour les pays bénéficiaires de l'aide, ont contribué à la criminalisation des migrations irrégulières en traitant les infractions à la législation sur l'immigration comme des infractions pénales plutôt qu'administratives sans garantir les protections légitimes des droits de l'homme prévues pour les migrants¹¹. En outre, ces politiques et les discours hostiles aux migrants qui les accompagnent fréquemment ont aussi parfois provoqué et légitimé une hausse notable de la discrimination institutionnalisée, entraînant d'autres violations.

20. Les politiques semblent être mises en place aux niveaux tant régional que bilatéral. Certains États d'Europe méridionale auraient par exemple accru leur surveillance des frontières et cherché à externaliser leurs politiques de limitation de l'immigration en incitant des pays d'Afrique de l'Ouest et du Nord à prévenir les migrations irrégulières et à conclure des accords de réadmission en échange d'une aide, d'un soutien financier et de permis de travail. Des contrôles de l'immigration seraient par ailleurs mis en place en vue de limiter la migration vers le nord à partir du Mexique et de pays d'Amérique centrale par la frontière entre les États-Unis et le Mexique, notamment dans les États de la région qui servent de pays de transit. À cet égard, le phénomène des réseaux de criminalité transnationale et la complexité des accords relatifs au financement et à la répression conclus pour le combattre posent un problème particulier¹².

21. Ces politiques de limitation des migrations ont aussi eu une multitude d'effets secondaires non recherchés tels que l'augmentation des violations des droits des migrants dans la région. Elles ont en outre conduit à une diversification des voies de migration transsaharienne et des points de traversée maritime tentés par les migrants (par exemple entre le Cap-Vert et les îles Canaries), qui s'étendent aujourd'hui sur une grande partie de la côte africaine, de la Guinée jusqu'à la Jamahiriya arabe libyenne¹³. Les réseaux de criminalité organisée qui font entrer clandestinement des migrants aux États-Unis posent des problèmes similaires, les trafiquants adaptant leurs itinéraires et montant des opérations de plus en plus complexes pour contourner des restrictions toujours plus nombreuses. Il est continuellement fait état des dangers auxquels sont exposés les candidats à l'immigration en transit dans ces deux régions, comme dans d'autres régions, alors que le renforcement des mesures prises en matière d'infrastructures et de surveillance peut pousser les migrants clandestins à prendre de plus grands risques pour se

¹¹ Voir par exemple Amnesty International, Espagne et Maroc. Un an après Ceuta et Melilla, les droits des migrants sont toujours en danger, Londres, 2006.

¹² United States Agency for International Development (USAID), «Central America and Mexico gang assessment», avril 2006.

¹³ Haas, p. 52 à 54; Aderanti Adepoju, «Creating a borderless West Africa: Constraints and Prospects for Intra-Regional Migration», projet d'article pour la série «Migration without Borders», UNESCO, 1^{er} janvier 2005, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001391/139142e.pdf>.

soustraire aux autorités¹⁴. Le Rapporteur spécial reste préoccupé par le nombre de personnes trouvant la mort au cours du processus migratoire.

22. L'efficacité de ces politiques, qui ont parfois eu des effets non recherchés, voire contreproductifs, a par ailleurs été mise en cause. Par exemple, bien que de nombreux migrants soient appréhendés, placés en détention puis expulsés dans l'intention de prévenir les migrations clandestines, l'expulsion ne joue pas forcément le rôle dissuasif escompté car les migrants peuvent à nouveau tenter leur chance en empruntant d'autres itinéraires. Dans certains cas, des migrants qui avaient projeté de rester dans le pays de première destination¹⁵ ont ensuite décidé de continuer leur route vers un troisième pays en raison de la répression accrue exercée par les États, dont beaucoup bénéficient d'une aide et d'une formation et participent aux politiques d'externalisation du contrôle des frontières. Enfin, comme on l'a vu plus haut, ces politiques ont parfois contribué à intensifier les activités de trafic illicite de migrants (avec la diversification des itinéraires et la complexification des stratégies) et fait que des intermédiaires (comme des conducteurs de taxis et de bateaux ou des proches) ont été à tort considérés comme complices de telles activités.

23. Malgré ces effets apparemment contreproductifs, la gestion des flux migratoires repose sur la coopération régionale et bilatérale, et de nombreux éléments positifs pour le développement social et économique ainsi qu'un renforcement de la sécurité peuvent naître d'accords entre les pays d'origine, de transit et de destination. La difficulté est d'élaborer et de mettre en œuvre des politiques qui permettent à la fois de prévenir les migrations clandestines et de protéger les droits de l'homme. La promotion d'une plus grande coopération peut contribuer à prévenir les migrations irrégulières si les politiques de contrôle des migrations sont correctement pensées et mises en œuvre de manière à être efficaces et à tenir suffisamment compte de la protection de tous les migrants à tous les stades du processus migratoire.

3. Criminalisation de la migration de main-d'œuvre

24. Le Rapporteur spécial constate que la criminalisation croissante des migrations irrégulières, dans le cas des déplacements à des fins économiques, ne permet pas d'apporter une réponse satisfaisante à la question de la demande de main-d'œuvre comme moteur de l'immigration et à celle des besoins des pays d'accueil. Une des motivations principales des migrants est la perception des possibilités d'emploi et, malgré la réciprocité des rapports entre les pays susceptibles d'absorber des migrants supplémentaires et les travailleurs qui partent pour trouver un emploi en se fondant sur ce qu'ils pensent être la demande dans le pays d'accueil, c'est souvent le migrant en situation irrégulière qui est pénalisé. Le migrant clandestin risque en effet d'être placé en détention puis expulsé s'il n'a pas de statut régulier et est appréhendé pendant le processus migratoire, ou de perdre son travail et ses moyens de subsistance si le processus migratoire a été (temporairement) couronné de succès.

¹⁴ United States Government Accountability Office, *GAO-06-770 Illegal Immigration: Border-Crossing Deaths Have Doubled Since 1995*, août 2006, <http://www.gao.gov/new.items/d06770.pdf> et BBC News, «Canaries migrant death toll soars», 28 décembre 2006 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6213495.stm>).

¹⁵ Ce dont témoignent souvent les mouvements intrarégionaux.

25. La méconnaissance des besoins du pays d'accueil peut en outre provoquer des sentiments xénophobes envers la population immigrée, même si les migrants pallient une pénurie de main-d'œuvre dans ce pays et contribuent au redressement d'un secteur économique en difficulté. Il arrive par exemple que la population d'un pays d'accueil, comprenant mal les avantages économiques qu'apporte le recrutement de telle ou telle catégorie de main-d'œuvre étrangère – souvent dans le domaine agricole ou médical, notamment – adopte des attitudes agressives envers cette catégorie de personnes¹⁶.

26. La communication d'informations sur la nécessité d'une mobilité de la main-d'œuvre et sur l'utilité d'une telle mobilité pour l'économie du pays hôte peut contribuer à une meilleure intégration des populations migrantes dans la société du pays d'accueil. Lorsqu'elle est correctement gérée (avec notamment une réglementation des migrations grâce à la promotion de canaux légaux de migration et un appui à de nouvelles activités de compilation et de ventilation des données concernant l'offre et la demande de main-d'œuvre), la mobilité de la main-d'œuvre peut faire partie des stratégies visant à conférer dynamisme, flexibilité et compétitivité aux économies des pays d'accueil comme des pays d'origine. En effet, les rapatriements de fonds sont devenus une source importante de revenus pour beaucoup de pays d'origine, alors que de nombreux secteurs économiques et fournisseurs de services des pays hôtes tirent profit d'une main-d'œuvre migrante¹⁷.

27. Malgré l'existence d'un consensus sur les aspects bénéfiques des migrations pour le développement et l'évolution des enceintes internationales de coopération, les États se sont principalement attachés à améliorer la maîtrise des flux de migrants et la gestion de leurs biens et services, plutôt qu'à définir et protéger les droits de ces migrants. Il existe selon certains une tendance à considérer les migrants comme des marchandises plutôt que comme des personnes ayant des droits et des obligations en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme¹⁸. Les États seront mieux à même de faire face aux problèmes des migrations clandestines s'ils s'attachent à favoriser les voies de migration légales et des programmes d'aide intégrant une approche clairement formulée et respectée des droits des migrants. Diverses formes de coopération interétatique, notamment des accords bilatéraux et régionaux relatifs à l'emploi de la main-d'œuvre, peuvent engendrer une meilleure prévisibilité des flux de main-d'œuvre et des engagements de coopération de la part du secteur privé, qui peuvent déboucher sur des

¹⁶ Un exemple particulièrement frappant est le cas de la migration de main-d'œuvre haïtienne travaillant dans le domaine de la canne à sucre vers la République dominicaine. Voir James Ferguson, «The Haitian Minority in the Dominican Republic» et Maureen Achieng, «Managing Haitian Minority flows to the Dominican Republic» in *Intra-Caribbean Migration and the Conflict Nexus*, p. 307 à 367. Voir aussi Mireille Kingma, *Nurses on the Move: Migration and the Global Health Care Economy* (Ithaca, Cornell University Press, 2005).

¹⁷ OIM, Dialogue international sur la migration, atelier d'intersessions sur le thème: «Faire de la mobilité de la main-d'œuvre un catalyseur du développement», document de travail, octobre 2007. Voir aussi OIM, *World Migration Report 2005, Costs and Benefits of International Migration* (OIM, Genève, 2005).

¹⁸ Jorge Bustamante, Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, déclaration à la Troisième Commission de l'Assemblée générale, octobre 2007.

modalités de recrutement et d'emploi plus efficaces tout en permettant la surveillance nécessaire à la réduction de l'exploitation des migrants.

28. Malgré la multiplication au cours des deux dernières décennies des mécanismes d'intégration régionale prévoyant des dispositions sur la libre circulation de la main-d'œuvre, par exemple dans les Caraïbes, en Afrique de l'Ouest et en Asie du Sud-Est, les possibilités qu'offrent les migrations régulières n'ont pas encore été complètement exploitées dans de nombreuses régions, ce qui souvent favorise les flux migratoires irréguliers et compromet la compétitivité des pays de la région¹⁹. Si les processus d'intégration régionale peuvent constituer une bonne base pour les actions visant à faciliter et à mieux réglementer la mobilité de la main-d'œuvre, l'élaboration et la mise en œuvre des politiques continuent de poser des problèmes.

29. En Afrique de l'Ouest par exemple, le Protocole sur le libre mouvement des personnes, le droit de résidence et d'établissement relatif au Traité de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) n'a pas encore été pleinement mis en œuvre²⁰. La libre circulation des personnes est effective du point technique (puisque les visas ne sont pas nécessaires pour voyager, que les permis de résidence obligatoires ont été abolis et que le passeport sous-régional a remplacé les passeports nationaux), mais les dispositions relatives à l'établissement et à la résidence n'ont pas été appliquées en dépit de leur incidence sur le droit à la libre circulation, l'intégration du commerce, les régimes tarifaires et la promotion de la mobilité de la main-d'œuvre dans la sous-région. Les lois nationales n'ont toujours pas été alignées sur les dispositions des traités régionaux et sous-régionaux et, concurremment avec les codes des investissements, limitent souvent la possibilité pour les «étrangers» (y compris les ressortissants des États de la Communauté) de participer à certains types d'activités économiques. Des citoyens de la «Communauté» ont été expulsés par des États membres et des sentiments hostiles aux non-ressortissants persistent, entretenus notamment par la récession économique, le chômage et l'instabilité politique.

30. Un autre exemple est le Marché et l'économie uniques de la Communauté des Caraïbes (CARICOM). Tous les États membres de la CARICOM ont été invités à supprimer les restrictions portant sur le droit d'établissement, la prestation des services, et la circulation des capitaux et de la main-d'œuvre qualifiée en vue de mettre pleinement en œuvre le marché unique

¹⁹ Toutefois, ces mécanismes ont souvent permis une plus grande mobilité des personnes par l'intégration régionale ou les régimes d'échanges qui ont été mis en place à ce jour au titre du Mode 4 de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), qui reste limité du point de vue de la portée et du nombre des engagements à une catégorie choisie de travailleurs hautement qualifiés. Voir OIM, Dialogue international sur la migration.

²⁰ Le paragraphe 2 d) iii) de l'article 3 du Traité de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) encourage la suppression entre les États membres des obstacles à la libre circulation des personnes; le paragraphe 1 de l'article 2 du Protocole relatif au CEDEAO, sur le libre mouvement des personnes, le droit de résidence et d'établissement, prévoit que les citoyens de la Communauté ont le droit d'entrer, de résider et de s'établir sur le territoire des États membres.

au 1^{er} janvier 2006 ou peu après. Des mesures juridiques auraient certes dû être prises pour assurer la mise en œuvre à cette date de la libre circulation des compétences et des services et du droit d'établissement, mais la mobilité reste surtout entravée par la lourdeur des procédures administratives par des écarts importants au niveau de la transposition des dispositions du Traité dans les législations nationales (par exemple en ce qui concerne la réunification familiale) et par l'absence d'instruments régionaux d'appui (par exemple des organes d'accréditation). En conséquence, les progrès en matière de liberté de circulation ont été lents et la pleine réalisation de cet objectif exigera des États membres l'adoption de nouvelles mesures aux niveaux national et régional²¹.

31. L'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) est l'union politique la plus importante de la région d'Asie du Sud-Est et entretient des liens avec les pays d'Asie de l'Est et du Pacifique via le Forum régional de l'ASEAN. Dans le cadre de son accord de libre-échange, l'ASEAN s'efforce de créer une union économique sur le modèle de l'Union européenne, mais les progrès sont lents. En 2002, l'ASEAN a aussi adopté un Plan d'action relatif à la coopération et à l'immigration (Plan of action for Cooperation and Immigration Matters), qui prévoit d'accélérer la libéralisation des flux de main-d'œuvre et de professionnels qualifiés dans la région; de créer des mécanismes et des infrastructures visant à favoriser les déplacements dans la région; de renforcer la collaboration en vue de lutter contre la traite et les violences exercées contre les femmes et les enfants; et de renforcer les capacités régionales pour lutter contre la criminalité transnationale. D'autres initiatives régionales axées sur les migrations viennent compléter ces mesures prises par les unions régionales générales, mais aucune n'a encore permis de mettre pleinement en œuvre la libre circulation des personnes qui remédierait à certains des problèmes posés par les migrations clandestines dans la région²².

32. Ce ne sont là que trois exemples de mécanismes régionaux capables de contribuer à un meilleur encadrement des migrations mues par la demande, et, partant, à une réduction des flux migratoires intrarégionaux irréguliers, mais il y a beaucoup à faire au niveau bilatéral pour favoriser la mobilité d'une main-d'œuvre permanente et régulière à tous les niveaux de compétence et promouvoir des formules de migrations temporaires et circulaires. Par les temps de mobilité accrue que nous connaissons aujourd'hui, tirer davantage parti du potentiel de la migration de la main-d'œuvre et faciliter une distribution plus équitable des bénéfices qui en découlent exige des politiques gouvernementales globales et cohérentes, un renforcement des capacités et une coopération bilatérale associant toutes les parties prenantes concernées²³.

²¹ Ryszard Cholewinski, Jillyanne Redpath, Sophie Nonnenmacher et John Packer, «The international normative framework with reference to migration in the greater Caribbean,» in *Intra-Caribbean Migration and the Conflict Nexus*, Taryn Lesser, Berta Fernandez-Alfaro, Lancelot Cowie et Nina Bruni (Human Rights Internet, Ottawa, 2006), p. 45.

²² Christine Inglis, «Migration without borders: the Asia-Pacific in an uncertain world,» projet d'article pour la série *Migration without Borders*, UNESCO, 19 janvier 2005.

²³ OIM, Dialogue international sur la migration.

33. La reconnaissance de l'importance de la migration de main-d'œuvre générée par la demande est essentielle à cette stratégie car une mauvaise compréhension des rapports existant entre la migration et ses moteurs économiques a entraîné des manifestations de xénophobie, que ce soit dans les politiques institutionnelles ou au niveau de la société/de la communauté. Une représentation plus précise des besoins économiques d'un État donné et des lacunes susceptibles d'être comblées par la mobilité de la main-d'œuvre, recrutée par des canaux légaux et dans le respect des normes fondamentales relatives aux droits de l'homme, peut contribuer à faire reculer ces tendances xénophobes dans les pays d'accueil.

B. Questions relatives à la criminalisation

1. Interception et sauvetage en mer

34. Le phénomène des migrants qui s'embarquent en quête de sécurité ou de refuge ou simplement à la recherche de meilleures conditions économiques n'est pas nouveau. Le terme de «réfugiés de la mer» fait désormais partie du langage courant, renvoyant aux demandeurs d'asile, réfugiés et migrants des régions de la Méditerranée, des Caraïbes et du Pacifique, par exemple, qui cherchent à rejoindre par bateau la destination la plus proche. Les embarcations utilisées étant souvent surpeuplées et innavigables, le sauvetage en mer, le débarquement et le traitement des personnes secourues constituent de nouveau un problème important mais aussi un défi pour les États, les organisations internationales, le secteur des transports maritimes et, bien entendu, les migrants sans défense eux-mêmes. En outre, s'efforçant de limiter ces flux, les États de destination ont eu de plus en plus recours à des pratiques d'interception dans le cadre plus large des mesures de maîtrise des flux migratoires. Dans les deux cas, il apparaît que les personnes secourues ou interceptées n'ont pas toujours clairement bénéficié de mesures de protection adéquates ni vu respecter leurs droits fondamentaux²⁴.

35. À côté du dispositif international relatif aux droits de l'homme, il existe, dans le cadre du droit maritime international, des dispositions juridiques applicables au sauvetage en mer, qui énoncent les mesures à prendre pour prêter assistance aux personnes en mer. Le droit international de la mer a évolué avec, notamment, l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et l'amendement récent de la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer et de la Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes, ainsi que la publication par l'Organisation maritime internationale (OMI) de lignes directrices concernant l'application de ces conventions. Celles-ci prévoient expressément l'obligation de venir en aide aux personnes en détresse en mer, et cette obligation

²⁴ Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Note d'information sur la protection des demandeurs d'asile et des réfugiés sauvés en mer, mars 2002, version finale examinée à la Table ronde d'experts sur le sauvetage en mer: Aspects spécifiques relatifs à la protection des demandeurs d'asile et des réfugiés, tenue à Lisbonne les 25 et 26 mars 2002. Voir également: Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et Organisation maritime internationale (OMI), *Sauvetage en mer: Guides des principes et des mesures qui s'appliquent aux migrants et aux réfugiés*, septembre 2006 (www.unhcr.org/publ/PUBL/450037d34.pdf.)

ne dépend pas du statut des personnes en question, de leur mode de transport ou des effectifs concernés²⁵.

36. Il existe également des normes régissant l'obligation qu'ont les États d'arraisonner les navires soupçonnés d'être impliqués dans le trafic ou la traite par mer, mais ces mesures d'interception doivent être conformes aux principes internationaux relatifs aux droits de l'homme et font obligation aux États de veiller à la protection – «traitement humanitaire» ou «traitement humain» – de toutes les personnes à bord, quel que soit leur statut²⁶. L'un des objectifs déclarés du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer consiste de fait à protéger les droits des migrants objets de trafic illicite, limitant la responsabilité pénale des migrants qui ont été l'objet de mesures d'interception²⁷.

37. Malgré l'existence de ces normes, le Rapporteur spécial exprime sa préoccupation face aux nombreuses informations reçues ces dernières années concernant des migrants qui ont été interceptés et placés en détention ou qui ont perdu la vie en mer, en particulier dans les régions de la Méditerranée et du Golfe. Le Rapporteur spécial actuel et son prédécesseur, M^{me} Gabriela Rodríguez Pizzaro, ont engagé un dialogue constructif avec plusieurs pays sur un certain nombre d'affaires concernant des centaines de personnes sauvées en mer; les préoccupations du

²⁵ Voir par exemple le paragraphe 2.1.10 du chapitre 2 de l'annexe à la Convention sur la recherche et le sauvetage maritimes de 1979, qui dispose ce qui suit: «Les Parties s'assurent qu'une assistance est fournie à toute personne en détresse en mer. Elles le font sans tenir compte de la nationalité ou du statut de cette personne, ni des circonstances dans lesquelles celle-ci a été trouvée.». La règle 15 énoncée au chapitre V de l'annexe à la Convention pour la sauvegarde de la vie humaine en mer fait obligation à chaque État d'«assurer que toutes les dispositions nécessaires seront prises pour la veille sur côte et pour le sauvetage des personnes en détresse en mer près des côtes». L'article 98, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 dispose que tout État exige du capitaine d'un navire battant son pavillon que, pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers, il prête entre autres assistance à quiconque est trouvé en péril en mer. Certaines de ces dispositions sont désormais si universellement reconnues qu'elles sont considérées comme des règles de droit international coutumier.

²⁶ Voir l'article 12 de la circulaire de l'OMI concernant les «mesures intérimaires visant à lutter contre les pratiques dangereuses liées au trafic ou au transport de migrants par mer» adoptée par le Comité de la sécurité maritime en 1998, qui autorise un État ayant de «bonnes» raisons de suspecter qu'un navire «se livre à des pratiques dangereuses liées au trafic ou au transport de migrants» à inspecter ce navire. L'article 17 de la circulaire invite l'État «à veiller à la sécurité et au traitement humain des personnes à bord». L'article 9 du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, invite de même les États à veiller «à la sécurité et au traitement humain des personnes à bord» et l'article 16 du même Protocole prévoit d'autres mesures de protection.

²⁷ Voir le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, art. 2 et 5, respectivement.

Rapporteur spécial et les réponses des gouvernements ont été exposées dans les rapports périodiques respectifs²⁸.

38. Au nombre des problèmes constatés, on peut citer l'absence d'évaluation individuelle des cas des migrants interceptés en mer, qui aboutit souvent à la mise en détention et à l'expulsion de groupes de migrants sans les garanties prévues par la loi, ainsi qu'à des mauvais traitements. Cela s'accompagne parfois d'une indifférence à l'égard des droits des demandeurs d'asile, qui sont par exemple placés d'office en détention et renvoyés dans leur pays où ils risquent d'être persécutés ou torturés²⁹. Il n'est en outre pas toujours facile de distinguer les migrants des auteurs de trafic illicite et de traite.

39. Il est arrivé que des États demandent au pays d'origine d'identifier parmi les personnes secourues d'éventuels collaborateurs de réseaux de trafic illicite ou de traite, puis inculpent d'infractions pénales, sans respect des garanties, des migrants clandestins qui étaient peut-être victimes de traite ou objets de pratiques de trafic illicite. Des personnes fuyant la persécution dans leur pays d'origine risquent donc d'être rapatriées contre leur gré sous prétexte qu'elles sont prises dans des affaires de traite ou de trafic illicite. Le Rapporteur spécial a reçu par ailleurs des informations selon lesquelles des personnes ayant participé au sauvetage de migrants clandestins ou ayant transporté sans le savoir des migrants clandestins, par exemple des pêcheurs, avaient été inculpées d'infractions pénales.

40. Toutes ces violations commises à l'égard de migrants empruntant la voie maritime contribuent au phénomène de criminalisation croissante des migrations irrégulières, faisant courir des risques d'abus tant aux migrants qu'aux sauveteurs. Il importe que les États prennent des mesures pour assurer que les personnes interceptées et sauvées en mer bénéficient d'un traitement individuel et de toutes les garanties nécessaires et que les personnes réclamant une protection internationale puissent engager la procédure d'asile nationale³⁰.

²⁸ Voir E/CN.4/2002/94 du 15 février 2002; E/CN.4/2003/85/Add.1 et Add.1/Corr.1 du 30 janvier 2003, rapport du Rapporteur spécial, Gabriela Rodríguez Pizarro, sur les communications; E/CN.4/2006/73/Add.1, rapport sur les communications présenté en 2006; A/HRC/4/24, rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants; et A/61/324, rapport d'activité du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants à l'Assemblée générale.

²⁹ Le principe de non-refoulement est consacré à l'article 33, par. 1, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés (Convention sur les réfugiés) et est un principe du droit international coutumier. Un principe similaire est énoncé à l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

³⁰ Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, «Note d'information: Le traitement des personnes sauvées en mer: conclusions et recommandations des récentes réunions et tables rondes d'experts organisées par le HCR», 28 novembre 2007.

2. Détention et expulsion

41. Les migrants sont particulièrement exposés à des mesures de détention, de restriction touchant leur liberté de circulation et de privation de liberté, qui prennent généralement la forme d'un internement forcé, soit dans le pays d'accueil soit lors du transit (par terre ou par mer). Lorsqu'ils interceptent des migrants sans papiers, beaucoup d'États les placent en détention administrative pour infraction à la législation et à la réglementation sur l'immigration, infraction qui n'est pas considérée comme un délit et qui peut notamment inclure le fait d'avoir dépassé le délai légal de séjour ou de ne pas posséder de documents d'identité ou de visa valables. L'objet de l'internement administratif est de garantir la mise en œuvre d'une autre mesure administrative, comme le refoulement ou l'expulsion. L'internement administratif est parfois utilisé également pour des raisons de sécurité publique et de maintien de l'ordre public, notamment, ou lorsqu'un étranger attend qu'il soit statué sur son statut de réfugié ou sur son admission ou son expulsion³¹.

42. Certains États ont toutefois des réglementations sur l'immigration qui pénalisent et punissent les migrants afin de décourager les migrations clandestines. Les migrants sans papiers sont alors particulièrement exposés aux procédures pénales, qui sont par définition de nature punitive, pour des infractions qui sont souvent les mêmes que celles visées par l'internement administratif, comme le franchissement illégal de la frontière, l'abandon de résidence, sans autorisation, le non-respect des conditions de séjour ou le dépassement des délais de séjour autorisés.

43. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire est d'avis que criminaliser l'entrée irrégulière dans un pays outrepassé l'intérêt légitime des États à contrôler et réglementer l'immigration clandestine et peut conduire à des détentions inutiles³². En outre, les migrants clandestins détenus pour des infractions à la législation sur l'immigration considérées comme des infractions pénales par l'État d'accueil devraient se voir accorder la possibilité de faire appel devant un organe judiciaire indépendant, ce qui n'est souvent pas le cas dans la pratique. Dans de tels cas, la détention des migrants peut devenir arbitraire³³. L'arrestation et la détention arbitraires sont expressément interdites par le droit international et régional relatif aux droits de l'homme et la nationalité des migrants ou l'absence de statut légal dans le pays de destination ne sauraient dispenser les États de l'obligation qui leur incombe en vertu du droit international d'assurer des garanties et un traitement digne et humain aux migrants pendant leur détention.

³¹ L'essentiel de cette section se fonde sur les travaux du précédent Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, M^{me} Gabriela Rodríguez Pizarro, ainsi que sur les travaux du Groupe de travail sur la détention arbitraire. Voir HCR, «Détention administrative des migrants», Migration Discussion Papers, <http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/disc-papers.htm>, document fondé sur le rapport E/CN.4/2003/85.

³² Voir le rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire, E/CN.4/1999/63, en date du 18 décembre 1998.

³³ HCDH, Fiche d'information n° 26, Groupe de travail sur la détention arbitraire, <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs26.htm#IV>, conformément à la résolution 1991/42, précisée par la résolution 1997/50.

44. En dépit de l'existence de ces normes, le Rapporteur spécial a reçu de nombreuses informations faisant état dans certains cas de détentions prolongées et de mauvais traitements. Des migrants clandestins se sont vu privés du droit de communiquer, ont fait l'objet d'agressions physiques ou sexuelles ou ont été internés avec des détenus inculpés d'infractions pénales, et les besoins particuliers des enfants, des femmes, des demandeurs d'asile et d'autres groupes vulnérables ont souvent été négligés³⁴.

45. Il semble y avoir d'énormes différences entre les États en ce qui concerne les réglementations relatives à l'immigration, ce qui rend difficile une vue d'ensemble des conditions de détention et du respect par les États des normes internationales dans ce domaine³⁵. Certains États n'ont aucun système juridique régissant les procédures d'immigration et d'asile, système qui, lorsqu'il existe, peut contribuer à gérer les pratiques de détention. D'autres ont promulgué des lois sur l'immigration mais ne prévoient souvent pas de cadre juridique pour la détention. Certains États prévoient des délais légaux maximum de détention, d'autres non.

46. Suivant certaines législations nationales, il n'existe pas de recours judiciaire contre l'internement administratif des migrants. Dans d'autres cas, un tel recours doit être introduit par le migrant. L'exercice pratique de ce droit risque alors d'être compromis par la méconnaissance du droit de faire appel, l'ignorance des motifs de la détention, la difficulté d'accès au dossier, le manque d'accès aux services gratuits d'un avocat, l'absence de service d'interprétation et de traduction et le manque général d'information dans une langue que le détenu puisse comprendre sur le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et sur l'état des locaux de détention. Privés d'avocat et d'interprète, les migrants sont souvent intimidés et contraints de signer des documents dont ils ne comprennent pas le contenu.

47. Certains migrants et demandeurs d'asile sont retenus dans les zones de transit des aéroports ou à d'autres points d'entrée, sans que l'on sache sur quelle base, soit au su des fonctionnaires de l'aéroport soit sur simple ordre des compagnies aériennes, avant d'être rapatriés dans leur pays. La difficulté ou l'impossibilité d'obtenir une aide extérieure les empêche d'exercer le droit de contester la légalité de la décision officielle de mise en détention et de refoulement et de demander l'asile, même lorsque ces demandes sont légitimes. Dans la pratique, certains États recourent à un abus de langage en appelant «centres de transit» ou «centres d'accueil» les centres de détention pour migrants et en nommant «rétention» la «détention», faute de législation autorisant la privation de liberté.

³⁴ Un grand nombre de normes internationales relatives à la détention figurent dans des instruments comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention sur les travailleurs migrants, la Convention de Vienne sur les relations consulaires ou la Convention relative aux droits de l'enfant. Voir Amnesty International, «Migration-related detention: a research guide on human rights standards relevant to the detention of migrants, asylum-seekers and refugees», novembre 2007.

³⁵ Voir les différents rapports présentés par le Groupe de travail sur la détention arbitraire à la Commission des droits de l'homme (www2.ohchr.org/english/issues/detention/annual.htm).

48. Les critères prévus par la loi laissent souvent aux États une grande marge d'appréciation en matière d'internement administratif: les ressortissants étrangers peuvent être placés en détention lorsque l'agent d'immigration a de «bonnes» raisons de penser qu'ils ne peuvent pas être admis à pénétrer dans le pays, qu'ils menacent l'ordre public, qu'il n'y a guère de chances qu'ils se présentent à un interrogatoire ou à une audience, ou que le préposé n'est pas convaincu de leur identité. Certaines dispositions législatives contre le terrorisme autorisent la détention de migrants sur la base d'allégations vagues et imprécises de menace pour la sécurité nationale. L'importante marge d'appréciation et les pouvoirs étendus laissés aux fonctionnaires de l'immigration et autres responsables de l'application des lois pour décider de la mise en détention, à quoi s'ajoute souvent un manque de formation, peuvent donner lieu à des abus et à des violations des droits de l'homme. L'absence de critères légaux peut conduire à des discriminations de fait, comme l'arrestation et le refoulement systématiques des migrants en situation irrégulière.

49. Des informations ont par ailleurs fait état de perquisitions visant l'expulsion de migrants se trouvant dans un pays d'accueil. Il est arrivé que des États effectuent dans des quartiers d'immigrés des descentes de police dans des habitations privées, procédant à l'arrestation et l'internement de tous les résidents qui ne pouvaient pas produire de documents attestant de leur droit de résidence, ce qui a eu pour effet de séparer des enfants de leurs parents, y compris des enfants qui étaient nés dans les pays en question. Il devrait être statué au cas par cas sur tous les cas d'expulsion et les États devraient veiller à ce qu'aucune expulsion collective n'ait lieu³⁶.

50. Compte tenu de la diversité des politiques et législations nationales relatives à la détention et à l'expulsion, il est important que la migration irrégulière soit considérée comme une infraction administrative et que les migrants en situation irrégulière soient traités individuellement. Dans la mesure du possible, la détention ne devrait être utilisée qu'en dernier recours et les migrants, de façon générale, ne devraient pas être traités comme des délinquants. La détention souvent immotivée et illicite de migrants contribue au phénomène plus vaste de la criminalisation des migrations irrégulières.

3. Trafic illicite et traite

51. Le Rapporteur spécial constate que des abus sont régulièrement commis à l'égard des migrants clandestins, qui sont impliqués, sciemment ou non, dans des opérations de trafic illicite et de traite. Le processus de la traite des êtres humains s'est complexifié, les auteurs de ces opérations recourant à une combinaison de modes migratoires trompeurs, clandestins, voire légaux, changeant de stratégie aux différentes étapes du trajet, et faisant intervenir des acteurs à

³⁶ L'interdiction de l'expulsion collective de ressortissants étrangers est sans doute un principe reconnu du droit coutumier international. De fait, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille est, en droit international des droits de l'homme, l'instrument qui protège le mieux les migrants clandestins et qui prévoit des droits supplémentaires, tels que le droit à une protection individualisée détaillée contre l'expulsion, protection que d'autres instruments, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, réservent aux migrants en situation régulière. Voir l'article 22 de cette convention et l'article 13 du Pacte, ainsi que l'examen de la question in Cholewinski *et al.*, p. 10 à 14.

la fois légitimes et illicites aux niveaux gouvernemental et non gouvernemental (notamment des gardes frontière, des intermédiaires, des agences de recrutement, des fonctionnaires de police, des agents de tourisme, des entrepreneurs de transport et des employés de compagnies aériennes)³⁷. La facilitation des mouvements transfrontières s'est développée à tel point que les réseaux se servent d'une multitude d'acteurs qui ne participent pas toujours activement et sciemment à des opérations de trafic illicite ou de traite proprement dites. Il est à craindre qu'en luttant contre la prolifération de ces réseaux et en interceptant ceux qui sont impliqués, on n'accorde pas toute la protection voulue aux migrants clandestins.

52. D'autre part, en raison de ces complexités, il semble parfois que la distinction entre les deux pratiques soit en grande partie superficielle et que leur définition et leur champ d'activité respectifs ne soient pas clairs. En principe, la traite de migrants est considérée comme un crime contre les êtres humains et suppose couramment la coercition, la tromperie, l'enlèvement, la servitude pour dette, l'abus de pouvoir, et des avantages financiers pour ceux qui facilitent ce commerce et qui en tirent profit, ainsi que l'exploitation générale des victimes. La traite peut s'accompagner de menaces contre la sécurité personnelle et la santé sexuelle et reproductive et entraîner des abus et des traitements dégradants. En revanche, le trafic illicite de migrants a été considéré essentiellement comme un crime contre les États, le fait d'assurer l'entrée illégale d'un non-ressortissant étant considéré comme une violation du pouvoir souverain qu'ont les États de refuser à des étrangers l'entrée sur leur territoire et de les reconduire à la frontière³⁸.

53. En principe, le trafic illicite de migrants n'est pas, tout au moins au départ, une pratique coercitive parce que le migrant potentiel entre en contact avec le passeur. Mais les pratiques de trafic sont devenues beaucoup plus étendues à mesure que les politiques de lutte contre l'immigration devenaient plus restrictives, exposant les migrants à des violations infinies, notamment à l'exploitation sexuelle, à des agressions physiques, à la servitude pour dette et au délaissement. Les migrants faisant l'objet de trafic risquent souvent, en tant que tels, d'être soumis à des violations auxquelles ils n'avaient pas forcément pensé avant. Ils peuvent en outre, dans certains cas, être également victimes de traite, ce qui brouille encore davantage la distinction entre les deux pratiques et conduit à une hiérarchie abusive en matière de victimisation³⁹.

54. À cet égard, la notion de consentement au trafic devient toujours plus complexe. Lorsqu'un migrant clandestin est intercepté, il appartient à l'État concerné de déterminer son degré de complicité dans son passage clandestin, ce qui laisse à l'État une grande latitude pour décider si le migrant est coupable ou victime, décision dont dépendra le niveau de protection dont il pourra bénéficier. C'est-à-dire qu'on considérera qu'un migrant clandestin dont on pense qu'il a consenti au trafic mérite moins de protection que celui que l'on juge être victime du trafic et exploité malgré lui. Ces distinctions se trouvent encore compliquées par les sentiments

³⁷ Lee, p. 2 et 3.

³⁸ Ibid., p. 4.

³⁹ Ibid., p. 5.

discriminatoires qui se rattachent au pays d'origine ou les préjugés fondés sur la race ou le sexe⁴⁰.

55. Le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, tous deux additionnels à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, contiennent une clause de sauvegarde prévoyant que le droit international relatif aux droits de l'homme et le droit international humanitaire, ainsi que, lorsqu'il est applicable, le droit relatif aux réfugiés⁴¹, continuent de s'appliquer. Or malgré cela, les migrants clandestins continuent, dans la pratique, d'être exposés à l'exploitation et aux violations faute de bénéficier d'un statut légal dans le pays⁴².

56. Le Protocole contre la traite a pour objet de prévenir et de combattre la traite des personnes, en accordant une attention particulière aux femmes et aux enfants, de protéger et d'aider les victimes d'une telle traite et de promouvoir la coopération entre les États parties en vue d'atteindre ces objectifs⁴³. Selon ce protocole, le consentement à l'exploitation est indifférent lorsque l'un quelconque des «moyens» énoncés dans la définition a été utilisé, et les États parties sont invités à conférer le caractère d'infraction pénale aux actes de traite et à prendre un certain nombre de mesures pour prévenir et combattre la traite, de façon unilatérale et en coopération avec les autres États⁴⁴. Ces mesures consistent notamment à échanger des informations et à former les agents compétents, à renforcer les contrôles aux frontières et à assurer la sécurité des documents de voyage et d'identité.

57. Malgré ces protections, les victimes de traite, souvent mal informées, commettent des infractions administratives, par exemple en pénétrant illégalement sur le territoire d'un État, en utilisant de faux papiers ou en enfreignant par d'autres moyens la législation et la réglementation sur l'immigration, ce qui les rend passibles de détention et contribue à leur incrimination. Dans certains États, le fait de pénétrer sur un territoire de façon illicite, d'entrer sans posséder de documents valables ou de se livrer à la prostitution, y compris à la prostitution forcée, est en outre considéré comme une infraction pénale. Les victimes de traite sont donc souvent placées en détention et reconduites à la frontière sans égard pour leurs besoins de

⁴⁰ Les femmes se livrant au travail sexuel ou à la prostitution, de leur plein gré ou non, peuvent encore plus être l'objet de stigmatisation. Voir Kamala Kempadoo, «Sex work migration and human trafficking: problems and possibilities», in *Intra-Caribbean Migration and the Conflict Nexus*, 167-185.

⁴¹ Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, art. 14, et Protocole contre le trafic illicite de migrants, art. 19.

⁴² Pour la discussion sur la question, voir Cholewinski *et al.*, p. 24 à 28.

⁴³ Protocole contre la traite, art. 2.

⁴⁴ Ibid., art. 3 b) et 5.

protection particuliers et les risques qu'elles peuvent courir en retournant dans leur pays d'origine⁴⁵.

58. Le Protocole contre le trafic illicite de migrants a pour objet de prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objets d'un tel trafic. Il demande notamment aux États parties d'assurer une protection spéciale aux migrants en ce qui concerne le droit à la vie et le droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, et appelle l'attention sur les besoins particuliers des femmes et des enfants. Il est évident cependant que la protection accordée aux migrants qui sont l'objet de trafic illicite est considérablement moins étendue que celle dont bénéficient les victimes de traite en vertu du Protocole contre la traite, en particulier parce que les migrants qui sont l'objet de trafic sont considérés comme avoir consenti à cette pratique. Le Protocole contre le trafic illicite met l'accent sur le renforcement des contrôles à la frontière et, bien qu'il interdise que l'on poursuive des personnes simplement parce qu'elles ont été l'objet de trafic, précisant que les migrants ne deviennent pas passibles de poursuites pénales en vertu du Protocole du fait qu'ils ont été «l'objet» de trafic illicite, il est notable que le fait de pénétrer illégalement sur un territoire reste une infraction pénale dans de nombreux pays⁴⁶.

59. Contrairement à la traite, le trafic illicite, s'il peut donner lieu à des abus et présenter des dangers, ne renvoie pas nécessairement, s'agissant de sa définition, à des cas d'exploitation ou de violation des droits de l'homme. Dans la pratique, il peut s'avérer toutefois difficile de distinguer les deux phénomènes et, comme on l'a vu plus haut, des migrants qui, au départ, consentent au trafic illicite finissent parfois par se retrouver dans des situations d'exploitation⁴⁷. Compte tenu des ambiguïtés que présentent de telles pratiques, ne serait-ce qu'en raison de la prolifération des réseaux face à des politiques migratoires de plus en plus restrictives, il est particulièrement important que les États traitent de façon individuelle les migrants clandestins présumés impliqués dans des pratiques de traite et de trafic illicite, en s'efforçant dans toute la mesure possible d'examiner leur éventuelle complicité et en leur assurant les garanties d'une procédure régulière.

⁴⁵ Voir le rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85.

⁴⁶ Protocole contre le trafic illicite de migrants, art. 5, et voir Lee, p. 4.

⁴⁷ Cholewinski *et al.*, p. 27.

III. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA PROTECTION DES MIGRANTS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE

60. Le Rapporteur spécial encourage les États à considérer les migrations irrégulières comme des infractions administratives, en inversant la tendance à une criminalisation croissante, et à incorporer les principes des droits de l'homme applicables dans leurs arrangements bilatéraux et régionaux relatifs à la gestion des flux migratoires et à la protection des intérêts de sécurité nationale, ainsi qu'à harmoniser leurs législations et politiques nationales avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme. La protection des migrants, quel que soit leur statut ou le mode d'entrée, doit être au cœur des politiques d'immigration. Aussi le Rapporteur spécial présente-t-il les recommandations ci-après en vue de la mise en place ou de la réforme de mécanismes et d'accords de coopération régionaux et bilatéraux ainsi que du renforcement des programmes et des politiques nationales de formation et d'analyse.

Incorporation des principes des droits de l'homme

61. Les États devraient incorporer les principes des droits de l'homme applicables dans leurs arrangements bilatéraux et régionaux relatifs à la gestion des flux migratoires et à la protection des intérêts de sécurité nationale. Une attention particulière devrait être accordée aux détenus, aux migrants objets de trafic illicite, aux victimes de traite, aux enfants, aux femmes, aux demandeurs d'asile et aux autres groupes vulnérables. Des mesures visant à assurer la réadmission et la réintégration des rapatriés devraient être prises pour que les migrants recherchant une protection internationale ne soient pas rapatriés de force sans que leur droit de chercher asile ait été garanti.

62. Les États devraient incorporer les normes internationales relatives aux droits de l'homme dans leurs législations et politiques nationales relatives à l'immigration. À cet égard, les États qui ne l'ont pas encore fait devraient ratifier la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, premier instrument international global axé sur la protection des droits des travailleurs migrants et sur le lien entre les migrations et les droits de l'homme; cette convention offre aux États des indications très utiles sur la manière d'assurer que les migrations se déroulent dans des conditions humaines et équitables. Les États devraient en particulier revoir leurs procédures d'expulsion et les harmoniser avec la Convention, qui offre à cet égard la protection la plus étendue possible aux non-ressortissants.

63. Les États devraient revoir leurs politiques nationales en vue de les harmoniser avec les accords régionaux et sous-régionaux existants sur la mobilité de la main-d'œuvre. Ils devraient chercher à cet effet à déterminer les politiques nationales qui sont restrictives à cet égard et les conséquences pratiques attestées ou non, que l'existence de dispositifs nationaux restrictifs ont pour les droits de l'homme des migrants, ainsi que les obstacles que cela crée pour la promotion d'une libre circulation de la main-d'œuvre susceptible d'avoir des effets bénéfiques sur l'économie nationale.

64. **Toutes les personnes impliquées dans des opérations d'interception de migrants en mer, qu'il s'agisse de migrants clandestins ou de personnes ayant participé au sauvetage ou au transport de migrants qui se sont avérés être clandestins, doivent être traitées individuellement et bénéficier du droit fondamental à une procédure régulière.**

Les personnes présumées être l'objet de trafic illicite ou de traite devraient être traduites devant un juge indépendant sans l'intervention du pays d'origine; les États devraient renouveler leur coopération dans le domaine de la protection des témoins et des victimes qui contribuent à l'identification et à la poursuite des auteurs de trafic illicite et de traite. Les personnes réclamant une protection internationale devraient être autorisées à introduire sans tarder une procédure d'asile nationale.

65. **Les États devraient prendre des mesures pour revoir leur législation nationale applicable à la détention des migrants en vue de l'harmoniser avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme qui interdisent les traitements inhumains et assurent les garanties d'une procédure régulière. Les États devraient prendre des mesures pour faire en sorte que la détention de migrants clandestins ne soit pas arbitraire et qu'un dispositif juridique national régie les modalités et les conditions de détention. Les États devraient élaborer et mettre en œuvre, compte tenu de l'afflux de migrants sans papiers, des systèmes de substitution à la détention – qui pourraient prévoir des garanties solides en matière de procédure, y compris l'obligation qu'un juge statue sur la légalité de la détention et sur la persistance des motifs de la détention –, et n'autoriser de façon générale la détention qu'en dernier recours.**

Renforcement des capacités nationales

66. **Les États devraient favoriser l'élaboration et l'application de programmes de formation et de sensibilisation à l'intention de la police des frontières, des responsables des centres de détention, des agents de la police et des forces armées et des représentants des pouvoirs publics en ce qui concerne les droits de l'homme des migrants clandestins à toutes les étapes de la migration, y compris, notamment, lors de l'interception et du sauvetage en mer, de la détention et de l'expulsion, ainsi que lors des opérations de trafic illicite et de traite, le cas échéant.**

67. **Les États devraient envisager de mettre en place au niveau régional un organisme indépendant capable d'aider à contrôler l'efficacité de certaines politiques contribuant à l'externalisation des contrôles aux frontières. Ils pourraient à cet effet renforcer les moyens d'un institut d'études pratiques ou de recherche existant, ou établir des liens plus étroits avec les sections chargées des données et du suivi relevant de systèmes régionaux de protection des droits de l'homme existants (par exemple, le Système interaméricain pour les droits de l'homme, le Conseil de l'Europe ou la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples), le cas échéant.**

68. **Les États devraient prendre des mesures pour promouvoir plus activement les voies de migration légales afin d'encourager la mobilité d'une main-d'œuvre régulière, y compris des formules de migrations temporaires et circulaires et la circulation de main-d'œuvre qualifiée et semi-qualifiée dans le cadre de mécanismes régionaux favorisant la libre circulation de la main-d'œuvre. Lorsque des dispositions relatives à la libre circulation des personnes existent déjà au niveau régional, les États devraient prendre des**

mesures pour assurer que des structures institutionnelles adéquates soient en place pour appliquer ces dispositions, en s'attachant en particulier aux protections des droits de l'homme des migrants.

69. Les États devraient prendre toutes les mesures nécessaires pour informer les autorités participant à d'éventuelles opérations d'interception en mer au sujet des droits et des protections des migrants en transit, y compris des migrants clandestins. Le sauvetage de personnes en détresse en mer est non seulement une obligation en vertu du droit maritime mais également une exigence humanitaire, quels que soient le statut juridique de ces personnes ou les raisons qui les ont poussées à prendre la mer. Les personnes qui sont l'objet de traite et les autres groupes vulnérables, comme les enfants séparés de leurs parents et les demandeurs d'asile, devraient recevoir une assistance spécifique, y compris les soins de santé dont ils ont besoin lors de leur accueil.

70. Les États devraient prendre des mesures pour informer les migrants potentiels des risques liés aux opérations de trafic illicite et de traite, ainsi que des droits dont jouissent les migrants, même lorsqu'ils se trouvent en situation irrégulière, en particulier en cas de détention. Une attention particulière devrait être accordée à la stigmatisation spécifique des femmes dans le cadre des migrations clandestines, ainsi qu'à l'exploitation des enfants sous toutes ses formes.

71. Les États devraient prendre des mesures pour mieux comprendre les distinctions entre les migrants objets de trafic illicite, les victimes de traite, et les autres migrants clandestins, qui peuvent relever des deux catégories, et pour informer à ce sujet la police des frontières, les responsables des centres de détention et les agents de la police et des forces armées. Tout devrait être mis en œuvre pour examiner les différents cas un par un et de façon exhaustive et impartiale, pour assurer les garanties d'une procédure régulière et une assistance consulaire et pour aider les migrants clandestins à rentrer chez eux en toute sécurité, le cas échéant.

Données et analyse

72. Les États devraient se doter de moyens d'analyse plus solides en ce qui concerne les données relatives à la politique de migration. Pour appuyer les politiques, législations et pratiques des différents États qui ont des répercussions transfrontières, un observatoire pourrait être créé qui serait chargé de réunir des statistiques et des données connexes précises, et de présenter sur les principaux aspects des politiques migratoires des analyses indépendantes, impartiales et spécialisées qui permettent de préciser les forces et les faiblesses de ces politiques.

73. Les États devraient prendre de nouvelles mesures pour améliorer les données quantitatives annuelles concernant la demande de main-d'œuvre des pays d'accueil, qui constitue le moteur des migrations économiques, afin de mieux ajuster l'offre de travailleurs migrants aux besoins de ces pays. Tant les pays d'accueil que les pays d'origine doivent déterminer respectivement les pénuries et excédents actuels et futurs de main-d'œuvre, par secteur économique, par profession, par région et par province; il importe en outre de distinguer les pénuries de main-d'œuvre qui sont structurelles de

celles qui ont un caractère saisonnier ou temporaire si l'on veut pouvoir élaborer et mettre en œuvre des politiques de migration de main-d'œuvre efficaces.

74. Les États devraient concevoir à l'intention des décideurs des projets visant à étudier les liens qui existent entre l'offre et la demande de main-d'œuvre et la xénophobie au niveau des institutions et de la collectivité. Il faudrait examiner plus avant la possibilité d'améliorer l'intégration des statistiques dans des processus de prise de décisions flexibles, non sélectifs et durables permettant de réglementer l'admission, l'emploi et le statut résidentiel des migrants, ainsi que de mener des campagnes de communication/éducation sur les avantages des migrations pour l'économie locale et nationale. La prise en considération des migrations de main-d'œuvre mues par la demande devrait permettre d'atténuer le risque de voir des sentiments et des discours hostiles à l'immigration.

75. Les États devraient prendre des mesures pour analyser, réunir et échanger des informations sur les migrations maritimes clandestines. Pour que les accords bilatéraux et multilatéraux puissent limiter les migrations maritimes clandestines, les États, les organisations intergouvernementales et les acteurs non gouvernementaux compétents devraient organiser de vastes campagnes d'information pour informer les personnes en transit des risques que comportent de tels déplacements, y compris les risques liés aux trajets terrestres conduisant au point d'embarquement envisagé, et améliorer la communication entre les autorités lorsque des migrants sont interceptés en mer. Les données empiriques concernant l'étendue et la portée des migrations maritimes clandestines, l'interception, le sauvetage en mer, le débarquement et le traitement des personnes débarquées devraient faire l'objet d'une harmonisation et d'une collecte plus systématique de la part des gouvernements et des institutions internationales.
